



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000379432

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502436-13.2024.8.26.0616, da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, em que é apelante EDUARDO NEVES DIAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **deram parcial provimento ao recurso para reconhecer a confissão extrajudicial e compensá-la integralmente com a reincidência, reduzindo as penas de Eduardo Neves Dias para 03 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

PAULO ROSSI
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502436-13.2024.8.26.0616

Comarca de Ferraz de Vasconcelos – 3ª Vara

Apelante : Eduardo Neves Dias

Apelado : Ministério Público

TJSP – 12ª Câmara Criminal

Voto nº 51.484

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, §1º, INCISO IV, LEI Nº 10.826/03) – RECURSO DA DEFESA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas.

CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - O C. STJ, no recente julgamento do REsp nº 1.972.098/SC, em conformidade com a Súmula 545/STJ, fixou a seguinte tese: “o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada” (Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/6/2022; g.n.).

COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA – Possibilidade. A agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, por serem ambas igualmente preponderantes. Pena redimensionada.

ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – Viabilidade. Cabível o abrandamento para o regime intermediário. Se o condenado é reincidente, mas ostenta imposição de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, deverá cumpri-la, desde o início, em regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, 'b' e 'c', do Código Penal). Súmula 269 do STJ.

PREQUESTIONAMENTO – Afigura-se desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de toda a matéria debatida pela parte, mesmo diante do prequestionamento para efeito de interposição de Recursos.

Recurso parcialmente provido.

Vistos.

1 – Trata-se de apelação interposta pela defesa de Eduardo Neves Dias, contra a r. sentença datada de 10 de fevereiro de 2025, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, que o condenou como incurso no artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003 à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial fechado e pagamento de 11 dias-multa no mínimo legal (fls. 164/168).

Irresignada, a defesa, em suas razões, pleiteia a absolvição, com fulcro no art. 386, VII, CPP, alegando insuficiência probatória e inconsistências procedimentais a respeito do uso de câmeras operacionais. Subsidiariamente, requer alteração do regime de cumprimento de pena para o mais brando possível. Por fim, requer a colocação imediata do apelante em liberdade e o prequestionamento da matéria (fls. 175/186).

Em contrarrazões, o Ministério Público sustentou o acerto da decisão (fls. 194/196).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento ao recurso defensivo (fls. 213/216).

É o relatório.

Do direito de apelar em liberdade

Pugna o réu a colocação imediata do apelante em liberdade, mas, sem razão.

É cediço que, nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, o réu que, preso em flagrante, permanecer custodiado durante a instrução criminal e mantido preso por sentença condenatória, não fará jus ao direito de recorrer em liberdade, vejamos:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÕES NÃO CONHECIDAS PELO STJ. AUTORIDADE COATORA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA DO STF. NEGATIVA AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE FUNDAMENTADA. PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. EXCESSO DE PRAZO PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca do regime prisional imposto ao paciente no que concerne ao crime de tráfico drogas e da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 22, § 4.º, da Lei 11.343/06. 2. No que diz respeito aos temas não abordados pela Corte Superior, a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com efeito, não compete a esta Suprema Corte conhecer dessas matérias, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 3. A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal. 4. A alegação de excesso de prazo fica prejudicada pelo fim da instrução

penal e pela prolação de sentença condenatória. Precedentes. 5. Writ conhecido em parte e denegado.” (STF - HC 100595/SP – Órgão Julgador – 2.^a Turma Criminal – Relatora: Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie – Julgamento em 22/02/2011) (grifo nosso).

(...) 3. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade ao réu que não foi beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento 'de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar' (STF - HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08). (...). (RHC 32.501/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 28/02/2013).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. (ART. 155, § 4º, I, II E IV, DO CÓDIGO PENAL). FURTO QUALIFICADO. RECORRENTE PRESO PREVENTIVAMENTE. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMIABERTO. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. COMPATIBILIDADE COM A CUSTÓDIA CAUTELAR. RECURSO DESPROVIDO.- Inexiste ilegalidade na sentença condenatória que, avaliando todas as circunstâncias do fato criminoso e as condições pessoais do réu, julga necessária a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública.- A orientação desta Corte é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes

os motivos para a segregação preventiva (RHC 53.480/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2014).” (RHC 53934/MG – Sexta turma – Ministro Ericson Maranhão (desembargador convocado do TJ/SP – DJe 26/02/2015).

Desta forma, o apelante deverá permanecer preso durante o trâmite do presente recurso.

2 – Consta da denúncia que, em data incerta e no dia 16 de novembro de 2024, por volta das 19h20min, na Avenida Governador Jânio Quadros, altura do numeral 1.169, Parque Dourado, na cidade e comarca de Ferraz de Vasconcelos, EDUARDO NEVES DIAS, qualificado à fl. 10, adquiriu, possuía e portava arma de fogo com numeração raspado ou suprimido, consistente em uma arma de fogo do tipo revólver, marca “Taurus”, calibre nominal .22, de uso permitido, com sete cartuchos íntegros, e uma arma de fogo do tipo revólver, marca desconhecida, calibre nominal .32, com numeração raspada ou suprimida, de uso permitido, bem como três munições picotadas, ambas sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 15 e laudo pericial a ser oportunamente juntado aos autos.

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e local referidas, policiais militares se encontravam em patrulhamento pelo local dos fatos, instante em que presenciaram um acidente automobilístico envolvendo uma motocicleta e um veículo VW Polo, demais dados ignorados, sendo que o denunciado se encontrava na garupa da motocicleta.

Ato contínuo, os policiais militares verificaram que o denunciado, que se encontrava na garupa da motocicleta, adentrou em uma barbearia localizada no local, o que despertou certa suspeita nos policiais. Assim, um dos policiais dirigiu-se até o estabelecimento comercial para verificar o motivo do denunciado ter ingressado no recinto e se deparou com o indigitado saindo do estabelecimento com um copo de água na mão e sem o capacete. Realizada busca pessoal, notou o policial uma marca suspeita de um objeto junto à sua pele, na altura da cintura.

Após EDUARDO ficar sob vigilância constante de um dos policiais, o outro colega de farda retornou à barbearia, localizou o capacete do denunciado sobre um balcão e, no momento em que realizava busca no interior do estabelecimento, uma criança ali presente informou ter visto o denunciado esconder algo sob uma poltrona, logrando localizar sob esta a arma de fogo tipo revólver, calibre nominal 32, apreendida nos autos, com a numeração suprimida ou raspada, contendo ainda três munições picotadas.

Em solo policial, EDUARDO NEVES DIAS assumiu a propriedade do artefato bélico e das munições encontradas em seu interior, alegando que as adquiriu de terceiros na famigerada “feira do rolo”.

A denúncia foi oferecida em 18 de novembro de 2024 (fls. 02/04) e recebida aos 19 de novembro de 2024 (fls. 58/59).

O réu foi citado e apresentou defesa preliminar (fls. 95/99).

A r. sentença condenatória foi publicada em audiência aos 10 de fevereiro de 2025 (fls. 164/168), com trânsito em julgado para o Ministério Público na mesma data (fls. 171).

A materialidade delitiva está consubstanciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 05/06), boletim de ocorrência (fls. 07/09), auto de exibição e apreensão (fls. 19), laudo pericial (fls. 148/155), imagens de câmera (fls. 162/163), bem como pela prova oral colhida nos autos.

A autoria emerge dos autos.

Interrogado em solo policial, o réu disse que (fls. 14): *“confessou ser efetivamente o proprietário da arma de fogo tipo revólver, encontrado em sua posse, a qual adquiriu de terceiros na feira do rolo, para vendê-la posteriormente, afirma ainda que não sofreu qualquer tipo de coação física ou moral por parte dos Policiais Militares que efetivaram sua prisão.”*

Interrogado em juízo, orientado quanto ao direito de permanecer em silêncio, o réu apresentou a seguinte versão: *“pediu uma carona para seu parceiro. Foi até a barbearia pegar o copo de água. Não tinha entrado na barbearia. A arma não era sua. A arma era do companheiro. Não sabia que ele estava armado. Só foi na barbearia pegar um copo de água. Deixou o capacete lá. Viu o policial voltando com a arma da barbearia”*.

O policial Lenilson disse: *“estavam em deslocamento. Houve um acidente de trânsito entre uma motocicleta e um veículo. Um dos indivíduos na moto se levantou e saiu. Ele entrou*

em uma barbearia. Logo depois saiu com um copo de água disse que era para seu colega. Acharam estranho. Foram até a barbearia. Lá o filho do barbeiro, de oito anos, apontou onde o réu escondeu a arma. Na barbearia, os ocupantes saíram ao avistar o réu entrando armado. Só foi o depoente quem entrou na barbearia. Foi tudo gravado em mídia. O armamento em questão era um revólver 32 municiado com três balas. A arma estava com numeração suprimida. O réu admitiu a posse da arma. O parceiro fingiu estar machucado, mas depois que viu seu parceiro sendo preso, de pronto negou atendimento. A moto era regular, mas foi presa por infrações administrativas. Acredita que o parceiro do réu foi ouvido na delegacia. Como os funcionários da barbearia saíram e o proprietário não estava, só estava a criança, acabou não qualificando as testemunhas. A criança também correu, e apontou que ele tinha escondido algo na cadeira. Não presenciaram as pessoas saindo da barbearia, só via a criança saindo e entrando. Falaram com outra funcionária que era menor de idade. Não se recorda se a qualificação do proprietário consta do BOPM. Quando foi fazer a incursão na barbearia, ligou a câmera. Tudo foi filmado”.

Por sua vez, o policial Alves contou: “estavam se deslocando para a base quando presenciaram um acidente de trânsito. Foram se aproximar. Um indivíduo da moto acidentada saiu correndo. Ele entrou em um comércio próximo. Começaram a conversar com as partes. O rapaz voltou sem capacete e aparentava estar bem nervoso. Seu parceiro fez a busca pessoal no indivíduo e viu uma marca na linha da cintura. Ele entrou no estabelecimento e encontrou o armamento e o capacete. De pronto ele confessou a posse da arma. Não teve contato com as pessoas que estavam na barbearia, ficou no ambiente com as

partes. O pessoal estava assustado. Tinha algumas pessoas na barbearia”.

Examinando os autos, inviável acolher-se a tese absolutória.

Os policiais militares responsáveis pela abordagem do réu relataram de forma firme e segura que apreenderam a arma de fogo no local onde o apelante a deixou, dentro de uma barbearia, logo após acidente de trânsito envolvendo a motocicleta que ocupava. Aos policiais confirmou a posse da arma.

Como é cediço, o testemunho policial é de grande valia, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-los, no sentido de serem eles desafetos do acusado ou quisessem indevidamente prejudicá-lo, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

In casu, não há dúvida razoável de que os policiais aqui ouvidos tinham o torpe propósito de injustamente acusar o apelante, razão pela qual, deve ser, como foram devidamente considerados tais depoimentos na formação do juízo de condenação.

A propósito:

(...) A absolvição pela negativa de autoria do agente, não se sustenta quando a condenação é amparada em elementos seguros de convicção, como o depoimento prestado por policiais, as quais formam um conjunto probatório para embasar um decreto condenatório. A palavra de policial tem o mesmo valor relativo que

qualquer outra prova que se produza nos autos, por serem revestidos de presunção de veracidade(...). TJMS, AC nº 2011.000352-9/0000-00, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Segunda turma Criminal, j. 14.02.2011.

(..) O depoimento testemunhal de policiais, especialmente quando prestado em juízo sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, mormente quando corroborado com o interrogatório do réu na fase inquisitiva(...). TJMS, AC, nº 2011.013791-6/0000-00, Rel. Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Primeira Turma Criminal, j. 15/08/2011.

Os firmes relatos dos policiais autuantes compõem contexto decididamente comprometedor e suficiente a sustentar a condenação.

Cumprir registrar que o crime previsto no artigo 16, da Lei 10.826/03, relaciona-se às condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de modo que as provas coligidas nos autos são suficientes para a manutenção da condenação.

Depreende-se, desta feita, que o porte ilegal de armas e munições é uma infração de perigo presumido ou abstrato, que deve ser repreendida penalmente para não se transformar em efetivo

dano à vida, à integridade corporal ou ao patrimônio alheio, estando legalmente conferido ao legislador ordinário a possibilidade de tutelar a segurança pública, a refutar as alegações da combativa defesa no sentido de ausência de dolo.

Ademais, trata-se de tipo de condutas múltiplas, entre elas as condutas possuir ou transportar arma de fogo, no qual a prática de apenas um dos verbos dele constantes caracteriza a conduta típica.

Portanto, para sua tipificação, basta que o agente porte a arma em qualquer modalidade, sem a devida autorização ou em desacordo com disposição legal ou regulamentar.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/03) – Pretendida absolvição por insuficiência probatória – Descabimento – Materialidade e autoria delitivas suficientemente comprovadas – Depoimento dos policiais que possuem fé-pública, corroborados pelos demais elementos de convicção colhidos – Validade – Ausência de interesse em prejudicar o acusado – Réu confesso - Laudo pericial que comprovou a potencialidade lesiva da arma apreendida, bem como a supressão do número de registro – Crime de perigo abstrato – Conduta que representa séria ameaça à segurança pública, restando indubitavelmente demonstrada a tipicidade da ação perpetrada pelos recorrentes – Condenação mantida – Pena e regime que não comportam alteração – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação

Criminal 0013269-55.2016.8.26.0161; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Diadema - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/06/2023; Data de Registro: 19/06/2023)

Não é possível, desconsiderar o testemunho dos policiais ou colocá-los em um patamar inferior a qualquer outra prova nos autos.

As imagens aludidas pela defesa se apresentam como mais uma forma de prova. Não vislumbro as alegadas “inconsistências procedimentais”, eis que, conforme se extrai apenas confirmam a ação policial e complementam o sólido conjunto probatório.

Em detida análise, aliás, como bem lançadas nas palavras do MM. Juiz de piso, as quais também utilizo como razão de decidir (fls. 166): *“analisando a gravação, é possível ver o réu chegando com um copo de água. É possível ver o policial se deslocando até o local e uma criança entrando apontando para o banco. O policial pega alguma coisa e de pronto sai correndo para dar voz de prisão”*.

Acrescento que no mesmo local estava o capacete do apelante, não deixando dúvidas de que ele esteve ali e deixou sua arma de fogo.

A alegação de que arma seria de seu parceiro restou solta nos autos, sobretudo diante da afirmação do policial de que viu uma marca suspeita de um objeto junto à sua pele, na altura da cintura.

Não se deve olvidar, ademais, que no processo penal "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (artigo 156, caput, primeira parte, do Código de Processo Penal). E, no caso dos autos, nenhuma prova produziu o réu, ônus esse que lhe incumbia, a teor do art. 156 do Código de Processo Penal.

Vê-se que o réu confessou em solo policial a propriedade da arma de fogo, afirmando que a adquiriu na “feira do rolo”, detalhe esse que não pode ser ignorado.

A retratação em juízo da confissão extrajudicial, encontra-se em flagrante contradição com as demais provas colhidas, ficando esta sem a menor credibilidade, já que desacompanhada de qualquer subsídio de prova e de verossimilhança.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial, se esta se apresenta em conflito com o conjunto probatório existente nos autos, veja-se:

EMENTA: DIREITO PENAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. PROVAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO INVEROSSÍMIL E ISOLADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...) II - A confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial, se esta se apresenta em conflito com o conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona quando dá maior credibilidade à confissão extrajudicial do que à retratação em juízo, desde que a primeira esteja ajustada às demais

provas e circunstâncias dos autos, e a segunda, totalmente inverossímil, em desarmonia com o conjunto probatório. (TJMG - Ap. Crim. 1.0114.09.108093-6/001 - 5ª C.Crim. - Rel. Des. Adilson Lamounier - DJMG 10/02/2010).

Portanto, não há que se falar em absolvição se o conjunto probatório é firme e consistente em apontar a autoria, materialidade do delito e tipicidade da conduta, emergindo clara a responsabilidade penal do apelante à vista da prova trazida aos autos.

Sendo assim, a condenação encontra amparo na prova dos autos e deve ser mantida.

Por fim, convém consignar que:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207).

Dosimetria das penas

As penas estabelecidas que foram assim estabelecidas (fls. 167):

“Na primeira fase, nada a considerar.

Na segunda fase, a pena deve ser aumentada em 1/6, resultando na pena de 03 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Considerando que o réu ostenta inúmeros processos criminais e é reincidente, o regime inicial de cumprimento deverá ser o fechado.

Não tendo informações a respeito de sua situação financeira, fixo o valor do dias-multa no mínimo legal.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para condenar EDUARDO NEVES DIAS como incurso no artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003. Em seu desfavor aplico a pena de 03 anos e 06 meses de reclusão em regime inicial fechado e pagamento de 11 dias-multa no mínimo legal. Custas pelo réu, sendo ele beneficiário da justiça gratuita. Diante da reincidência, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou de aplicar a “sursi” penal.”

Do reconhecimento da confissão espontânea

Na segunda etapa, em que pese não requerido pela defesa, entendo pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea “d”, do CP).

Com efeito, quando interrogado em solo policial, admitiu a propriedade da arma de fogo, não deixando dúvidas acerca da autoria.

A confissão do apelante deve ser reconhecida e considerada para atenuação da sanção.

Segundo preleciona Rogério Sanches Cunha:
“A confissão simples se dá quando o acusado assume a prática dos

fatos que lhes são atribuídos, podendo ser total (narrando o agente o crime como todas as suas circunstâncias) ou parcial (caso em que ao se admite, por exemplo, qualificadoras ou causas de aumento de pena). Já na confissão qualificada, o réu admite a autoria do evento, mas alega fato impeditivo ou modificativo do direito (como a presença de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade)” (in Manual de Direito Penal. Parte Geral (arts. 1º ao 120). 3ª Edição. Vol. Único. Editora Juspodivm, 2015).

Nesse sentido é o entendimento firmado pelo Pretório Excelso:

“A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, ex vi do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória. Precedentes. ... Pedido parcialmente deferido, a fim de que seja reconhecida, pelo juízo condenatório, a atenuante referente à confissão espontânea. (STF, HC 82337/RJ, DJ 04-04-2003, p. 51, Relatora ELLEN GRACIE, unânime).

Não se desconhece julgados no sentido de que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva.

Ocorre que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, analisando tal ponto, no recente julgamento do REsp nº 1.972.098/SC, em conformidade com a Súmula 545/STJ, consignou que

o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada.

Portanto, uma vez confessada a prática delitiva, impõe-se o reconhecimento da atenuante na segunda fase da dosimetria (CP, art. 65, III, d), independentemente de a confissão ter sido utilizada pelo magistrado como um dos fundamentos da sentença condenatória.

Abaixo, ementa do referido julgado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 545/STJ. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO, QUANDO NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 65, III, "D", DO CP. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (VERTRAUENSCHUTZ) QUE O RÉU, DE BOA-FÉ, DEPOSITA NO SISTEMA JURÍDICO AO OPTAR PELA CONFISSÃO. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O Ministério Público, neste recurso especial, sugere uma interpretação a contrario sensu da Súmula 545/STJ para concluir que, quando a confissão não for utilizada como um dos fundamentos da sentença condenatória, o réu, mesmo tendo confessado, não fará jus à atenuante respectiva. 2. Tal compreensão, embora esteja presente em alguns

julgados recentes desta Corte Superior, não encontra amparo em nenhum dos precedentes geradores da Súmula 545/STJ. Estes precedentes instituíram para o réu a garantia de que a atenuante incide mesmo nos casos de confissão qualificada, parcial, extrajudicial, retratada, etc. Nenhum deles, porém, ordenou a exclusão da atenuante quando a confissão não for empregada na motivação da sentença, até porque esse tema não foi apreciado quando da formação do enunciado sumular. 3. O art. 65, III, "d", do CP não exige, para sua incidência, que a confissão do réu tenha sido empregada na sentença como uma das razões da condenação. Com efeito, o direito subjetivo à atenuação da pena surge quando o réu confessa (momento constitutivo), e não quando o juiz cita sua confissão na fundamentação da sentença condenatória (momento meramente declaratório). 4. Viola o princípio da legalidade condicionar a atenuação da pena à citação expressa da confissão na sentença como razão decisória, mormente porque o direito subjetivo e preexistente do réu não pode ficar disponível ao arbítrio do julgador. 5. Essa restrição ofende também os princípios da isonomia e da individualização da pena, por permitir que réus em situações processuais idênticas recebam respostas divergentes do Judiciário, caso a sentença condenatória de um deles elenque a confissão como um dos pilares da condenação e a outra não o faça. 6. Ao contrário da colaboração e da delação premiadas, a atenuante da confissão não se fundamenta nos efeitos ou facilidades que a admissão dos fatos pelo réu eventualmente traga para a apuração do crime (dimensão prática), mas sim no senso de responsabilidade pessoal do acusado, que é característica de sua personalidade, na forma do art. 67 do CP (dimensão psíquico-moral). 7. Consequentemente, a existência de outras

*provas da culpabilidade do acusado, e mesmo eventual prisão em flagrante, não autorizam o julgador a recusar a atenuação da pena, em especial porque a confissão, enquanto espécie sui generis de prova, corrobora objetivamente as demais. 8. O sistema jurídico precisa proteger a confiança depositada de boa-fé pelo acusado na legislação penal, tutelando sua expectativa legítima e induzida pela própria lei quanto à atenuação da pena. A decisão pela confissão, afinal, é ponderada pelo réu considerando o trade-off entre a diminuição de suas chances de absolvição e a expectativa de redução da reprimenda. 9. É contraditória e viola a boa-fé objetiva a postura do Estado em garantir a atenuação da pena pela confissão, na via legislativa, a fim de estimular que acusados confessem; para depois desconsiderá-la no processo judicial, valendo-se de requisitos não previstos em lei. 10. Por tudo isso, o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, "d", do CP quando houver confessado a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória. 11. Recurso especial desprovido, com a adoção da seguinte tese: **'o réu fará jus à atenuante do art. 65, III, 'd', do CP quando houver admitido a autoria do crime perante a autoridade, independentemente de a confissão ser utilizada pelo juiz como um dos fundamentos da sentença condenatória, e mesmo que seja ela parcial, qualificada, extrajudicial ou retratada'**. (REsp n. 1.972.098/SC, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/6/2022).*

Ainda.

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO.

SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE A CONFISSÃO TER SIDO UTILIZADA PELO JUÍZO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGADO DO RESP N. 1.972.098/SC. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.” (STJ, HC 757.585/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, decisão monocrática, DJe 22/8/2022).

No mesmo sentido: (STJ, AREsp n. 2.174.724/MS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 31/8/2022).

A lei (art. 61, CP) não fornece os parâmetros de aumento da pena, deixando ao magistrado a discricionariedade de ponderar o percentual mais adequado e razoável para reprovação e prevenção do crime, precedido de fundamentação idônea.

Filio-me ao entendimento de que não há impedimento para que se proceda à compensação integral, vez que são duas circunstâncias ligadas à personalidade do agente, sendo, assim, igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal.

A confissão espontânea reveste-se de grande importância, mormente porque revela a personalidade do réu que, ao confessar a prática do delito, demonstra certo senso de responsabilidade pela infração cometida, colaborando com o Estado na apuração dos fatos.

Assim procedendo, estará contribuindo para a instrução do processo, bem como conferindo ao julgador a certeza moral

para a condenação. Destarte, nada mais justo que se faça a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência integralmente.

Confira-se:

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO CIRCUNSTANCIADO PENA-BASE PEDIDO DE REDUÇÃO POSSIBILIDADE MAUS ANTECEDENTES INDEVIDAMENTE CONSIDERADOS NON BIS IN IDEM CONFIGURADO REDUZIDA COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECURSO PROVIDO. Havendo apenas uma condenação anterior com data de transito em julgado torna-se ilegal a consideração dela como circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e também como agravante da reincidência, tendo em vista a configuração de non bis in idem. Assim, afasta-se da aplicação da reprimenda base os maus antecedentes, sendo esta reduzida proporcionalmente. A atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes, nos termos do artigo 67 do Código Penal, devendo ser efetuada a compensação entre ambas. Precedentes da 6ª Turma do STJ.” (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.019733-8/0000-00 Dourados Relator Des. Romero Osme Dias Lopes TJ/MS).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS RECURSO MINISTERIAL EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PRETENSÃO INVIÁVEL IMPROVIDO RECURSO DEFENSIVO REDUÇÃO PENABASE DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA MANTIDA COMPENSAÇÃO DA

ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA PARCIAL PROVIMENTO. No processo de individualização da pena, o juiz analisa o disposto no artigo 59, CP e, de maneira fundamentada, fixa qual a reprimenda que entende ser adequada e suficiente para o cumprimento das finalidades retributiva e preventiva da sanção penal. Conforme orientação jurisprudencial da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no concurso da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, a existência de ambas leva à compensação entre elas.” (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.018381-0/0000-00 - Ponta Porã Relator Claudionor Miguel Abss Duarte TJ/MS).

Passo à nova dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, fixo a base no mínimo legal de 03 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a confissão e compensada integralmente com a comprovada reincidência (autos nº 1524641-41.2021.8.26.0228), as penas permanecem inalteradas.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou redução da pena, torno-as definitivas em 03 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Razoável, todavia, o abrandamento do regime para o intermediário, impossível o aberto.

O sistema adotado pelo Código Penal mostra-se rígido com relação aos reincidentes, para os quais há a previsão

do regime fechado e semiaberto, porquanto o artigo 33, § 2º, alíneas c esclarece que o regime aberto é reservado aos não-reincidentes, conforme se observa:

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

Entretanto, com a publicação da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a admitir excepcionalmente a aplicação do regime semiaberto ao réu reincidente, desde que a pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos e que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal sejam favoráveis, *verbis*:

"Sumula 269 STJ - É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Na hipótese, o apelado ostenta reincidência, de forma que a fixação de regime diverso do semiaberto não seria suficiente para a reprovação e prevenção delitiva.

A modalidade menos severa para o cumprimento da pena se mostra insuficiente e inadequada à repressão do delito, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua.

Aliás, este também é o entendimento das Cortes Superiores, vejamos:

“A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelada, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda” (HC 262.939/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. Em 8.4.2014, DJe 25.4.2014).

Não há margem para a concessão de penas substitutivas ou do *sursis*, face ao não preenchimento dos requisitos legais (artigo 44 e artigo 77, ambos do Código Penal).

A reincidência torna inviável a substituição da

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

“O artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos objetivos e subjetivos para a substituição, quais sejam: a) quantidade de pena aplicada não superior a 4 anos; b) natureza do crime cometido (com privilégio o crime culposos, pois independe da pena aplicada); c) modalidade de execução: sem violência ou grave ameaça a pessoa; d) réu não reincidente em crime doloso; e) prognose de suficiência da substituição, sendo critérios de análise a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato” (BITENCOURT, Cezar Roberto, Novas Penas Alternativas, 3º ed. São Paulo, 2006, editora Saraiva).

Acerca dos requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim dispõe o artigo 44, incisos I e II, do Código Penal:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

“I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;.

Nesse sentido.

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 158, AMBOS DO CP. CRIME DE EXTORSÃO. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL” (STJ, AREsp nº 1.014.076/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 13/02/2017).

Por fim, no tocante ao pedido de manifestação acerca dos dispositivos legais mencionados para fins de prequestionamento, verifica-se ter sido suficientemente discutidas e analisadas as matérias levantadas nas razões recursais, restando, pois, prejudicado o exame do prequestionamento.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVO QUE TRATA DE MATÉRIA EXAMINADA NO ACÓRDÃO. ANÁLISE PREJUDICADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJ/SC - Ap. Crim. n. 2011.039009-9, de Palhoça, rel. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 22.3.12).

O órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Precedentes (STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª, HC 107784/SP, julg. em 09.08.2011).

O não-acatamento de todas as teses arguidas pelas partes não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está o magistrado obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (STF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., AI 847887 AgR/MG, julg. em 13.12.2011).

3 – Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para reconhecer a confissão extrajudicial e compensá-la integralmente com a reincidência, reduzindo as penas de Eduardo Neves Dias para 03 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantida, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

PAULO ANTONIO ROSSI
RELATOR